

A. I. Nº - 298942.3001/16-7
AUTUADO - LOJAS SIMONETTI LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/07/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-03/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Irregularidade demonstrada nos autos. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Fatos comprovados nos autos. Infrações caracterizadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO **b)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OMISSÕES DE SAÍDAS. **b)** OMISSÕES DE ENTRADAS. **c)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE ENTRADAS. **d)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **e)** RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não logra êxito em elidir a autuação. Infrações caracterizadas. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 21/09/2016, exige crédito tributário no valor de R\$276.196,80, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. 01.02.05 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, agosto a outubro de 2013, no valor de R\$16.702,69, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 2. 01.02.41 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, no valor de R\$63,04, acrescido da multa de 60%, nos meses de junho, julho e outubro de 2013 e agosto de 2015;

INFRAÇÃO 3. 03.02.02 - recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho de 2012, agosto e novembro de 2013, no valor de R\$127.770,28, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 4. 03.02.05 - recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de agosto de 2013, no valor de R\$89,94, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 5. 04.05.02 - falta de recolhimento do imposto relativo a omissões de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias, em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de

mercadorias em exercício fechado nos anos de 2013 e 2014 no valor de R\$14.335,01, acrescido da multa de 100%;

INFRAÇÃO 6. 04.05.05 - falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, nos anos de 2012 e 2015, no valor de R\$14.452,67, acrescido da multa de 100%;

INFRAÇÃO 7. 04.05.08. - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter dado entrada em mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, desacompanhadas de documentação fiscal e conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, nos anos de 2012 a 2015, no valor de R\$3.055,20, acrescido da multa de 100%;

INFRAÇÃO 8. 04.05.09 - falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, nos anos de 2012 a 2015, no valor de R\$1.314,14, acrescido de multa de 60%;

INFRAÇÃO 9. 07.01.02 - recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2012 a junho e outubro de 2013, fevereiro de 2014, setembro, novembro e dezembro de 2015, no valor de R\$98.413,83, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento fls.380/384. Diz ser a defesa tempestiva. Reproduz as irregularidades que lhe foram imputadas. Aduz não ter restado outra forma, senão a via administrativa, para demonstrar que não ocorreu qualquer infração fiscal, como demonstrará nas razões da impugnação.

Ressalta que o processo administrativo é totalmente revestido e instituído pelo princípio da legalidade como preceitua a nossa Carta Magna em seu artigo 37, caput, que reproduz. Diz que o Poder Público em suas atividades está sempre atrelado a fazer somente o que a lei permitir, diferentemente do privado, onde só poderá deixar de fazer algo se a lei proibir.

Sobre o processo administrativo fiscal, afirma que toda a legislação ou regulamentação ao ser criada, sempre vem embasada em princípios e motivos, os quais são norteadores da criação e aplicação da norma, bem como, das finalidades de sua regulamentação. Para corroborar com o seu raciocínio cita o artigo 2º do RPAF/99. Aduz que o processo administrativo deverá atender a alguns princípios, os quais invoca, ao tratar infração por infração conforme segue.

Em relação às infrações relacionadas, afirma que as impugna em todos os seus termos, eis que não ficou claramente demonstrado pelo Auditor, o que inclusive, dificulta seu direito de defesa.

No que tange a infração 1 (01.02.05), alega que não está conforme as informações ali relatadas, pois na realidade não ocorreu qualquer utilização de crédito indevido.

Diz observar em suas apurações, quando do cálculo final de valor a ser pago de ICMS, que o valor correto do pagamento foi realizado e com isso, não existe qualquer valor a ser considerado como crédito indevido. Aduz que resta claro, que em nenhum momento comete a referida infração, devendo ela ser julgada improcedente.

No que se refere à Infração 03 - 03.02.02, a acusação fiscal é de que teria recolhido a menos o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadoria regularmente escriturada e isso não ocorreu.

Explica que o que ocorreu, foi um erro no sistema, onde as notas fiscais foram emitidas de forma equivocada, no entanto, quando verificado no SPED, foi constatado que os valores foram apurados corretamente, e com isso não houve qualquer aplicação de alíquota diversa. Sendo assim, tal infração também deverá ser julgada totalmente improcedente.

Quanto às demais infrações, assevera que deverão ser elididas do auto de infração, eis que todas não corroboram com a realidade do que realmente ocorreu, até porque, o sistema de auditoria fiscal, não está apto a realizar as autuações, pois são desatualizados e muitas vezes, leva o Auditor fiscal a erro e foi certamente o que ocorreu no presente caso.

Requer o acolhimento dos argumentos descritos, para que ao final, o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente em todos os seus termos. Pede que seja julgada improcedentes todas as infrações constante no auto e por fim, seja acolhida “*in totum*” a defesa, e em via de consequência, seja julgado improcedente o Auto de infração, determinando seu arquivamento, pois as infrações são todas inexistentes, face todos os esclarecimentos aqui expostos.

O autuante prestou informação fiscal fls.398/399. Diz que o contribuinte utilizando seu direito de defesa, claramente o aproveita, com o único intuito de protelar e postergar o pagamento do imposto devido.

Sobre a alegação defensiva a respeito da infração 01, ressalta que o Advogado não disse nada, com nada. Afirma que a infração refere-se a crédito de imposto utilizado indevidamente, apurada conforme demonstrativo fls. 24/37 do presente processo, discriminando detalhadamente os valores por mercadorias, notas fiscais eletrônicas e datas. Aduz que não foi apresentada nenhuma prova que esse levantamento realizado através da Escrita Fiscal Digital do contribuinte (EFD) contivesse erro e se assim fosse, a escrita fiscal foi feita pelo contribuinte e o erro detectado foi o crédito de imposto indevidamente.

No que tange a infração 02 - o autuado menciona que - "*teria a Autuada recolhido a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadoria regularmente escriturada, isso não ocorreu. O que ocorreu foi um erro no sistema, onde as notas fiscais foram emitidas de forma equivocada, no entanto, quando verificado no SPED, foi constatado que os valores foram apurados corretamente, e com isso não ocorreu qualquer aplicação de alíquota diversa*".

Frisa que mais uma vez, a defesa prova que não entende nada de contabilidade e muito menos de lançamentos e apuração do ICMS. Diz que o levantamento consta nas fls. 38 a 89 do presente processo e foi realizado com base na escrituração do contribuinte (EFD), portanto, mais uma vez, o advogado não esclarece o procedimento da empresa, bem como, não foi apresentada nenhuma prova de qualquer erro.

Por fim, a defesa menciona que todas as "*demais infrações deverão ser elididas do presente Auto de Infração, eis que todas elas não corroboram com a realidade do que realmente ocorreu, até porque o sistema de auditoria fiscal, não está apto a realizar as autuações, pois, são desatualizados, e muitas vezes, leva o Auditor Fiscal a erro, e foi certamente o que ocorreu com o caso da Autuada*".

Esclarece que não foi apresentado qualquer prova de qualquer erro, portanto, a alegação é totalmente descabida, sendo o levantamento realizado, com base na escrituração do contribuinte (EFD) e das notas fiscais eletrônicas.

Ressalta por fim, que antes da lavratura do presente Auto de Infração, repassou todos os dados ao contribuinte para uma pré-análise e não houve contestação como agora, não foi apresentado

nada que pudesse merecer crédito.

Diante do exposto e por não ter apresentado nenhuma alegação com fundamento e muito menos prova, mantém o feito em sua totalidade.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito fiscal relacionado ao ICMS no montante de R\$276.196,80, acrescido da multa de 60%, relativamente a 09 (nove) irregularidades, conforme descrito na inicial.

O defendente alegou que sobre as infrações relacionadas, as impugna integralmente, em todos os seus termos, eis que não ficaram claramente demonstradas pelo Auditor, o que inclusive, dificulta a sua defesa.

Analisando os elementos que compõem o presente processo, verifico que esta alegação carece de suporte fático e jurídico. Observo que o autuado não aponta objetivamente o que estaria obscuro no Auto de Infração. Conforme afirmou o autuante em sua informação fiscal, a exigência fiscal e os demonstrativos que lhe dão suporte foram elaborados com base na Escrita Fiscal Digital do próprio contribuinte (EFD) e nas notas fiscais eletrônicas constantes da base de dados da SEFAZ e por ele informadas.

Dessa forma, verifico que a composição, processamento e formalização do presente lançamento fiscal se encontram em total consonância com o RICMS/12 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos e demonstrativos fls.12/374 constantes nos autos, necessários à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues cópias ao contribuinte autuado, ao qual foi concedido o prazo legal para exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Assim, afasto a nulidade suscitada, pois não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na informação fiscal, bem como, na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos, qualquer dos motivos de nulidades elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, o autuado foi acusado de ter cometido as seguintes irregularidades: (i) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, infração 01; (ii) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, infração 02; (iii) recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, infração 03; (iv) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, infração 04; (v) falta de recolhimento do imposto relativo a omissões de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado nos anos de 2013 e 2014, infração 05; (vi) falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, nos anos de 2012 e 2015, infração 06; falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter dado entrada em mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, desacompanhadas de documentação fiscal e conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo

de estoques em exercício fechado, nos anos de 2012 a 2015, infração 07; falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, nos anos de 2012 a 2015, infração 08; recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, infração 09.

O defendente não contestou objetivamente qualquer destas infrações. Não apontou equívoco ou inconsistências na apuração do ICMS exigido. Restringiu-se a negar o cometimento das mesmas. Alegou que deve ter ocorrido um erro no sistema da SEFAZ, onde as notas fiscais foram emitidas, visto que possui entendimento que a sua apuração do referido imposto estaria correta.

Constato que o autuado deixou de observar as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, no sentido de que *a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*, assim como, *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Ressalto que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

Compulsando os autos, verifico que o autuado não apontou qualquer fato desconstitutivo, impeditivo ou modificativo das infrações relatadas. Apenas apresentou o entendimento de que teria apurado o imposto de forma correta, não existindo as irregularidades apuradas pelo auditor fiscal autuante.

Observo que as irregularidades foram apuradas em ação fiscal, com base nos livros e documentos fiscais do autuado (SPED) enviados ao banco de dados da SEFAZ pelo próprio contribuinte. Ao verificar qualquer inconsistência na sua escrituração fiscal é de sua inteira responsabilidade apresentar à SEFAZ, o pedido de autorização para realizar os ajustes necessários juntamente com a denúncia espontânea de impostos acaso devidos. Saliento que o autuado exerceu livremente o contraditório e a ampla defesa, não trouxe aos autos qualquer elemento que tivesse o condão de elidir estas infrações, portanto restaram devidamente caracterizados todos os itens do auto de infração. Esclareço, ainda, que não compete a este órgão julgador buscar provas de operações que estão em poder do sujeito passivo, a quem toca o *ônus probandi*.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298942.3001/16-7, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$276.196,80**, acrescido das multas de 60% previstas no inciso VII, alínea “a” e inciso II, alíneas “f” e “d” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de Julho de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR